



## **Il periodo di congedo parentale che non ricomprende i giorni festivi**

*Renzo La Costa*

Due importanti questioni analizzate dalla Corte di Cassazione (ordinanza nr. 15633 del 22.7.2020) in materia di legittima fruizione del congedo parentale utilizzato per l'accudimento dei figli minori:

- se è lecito usufruire del congedo parentale in modalità "frazionata" ovvero rientrare al lavoro un giorno prima del sabato e domenica o giorni festivi e riprendere subito dopo il congedo, così da non poter considerare tali giornate festive ricomprese nel predetto congedo;
- se l'utilizzo del congedo parentale così come descritto può costituire o meno esercizio abusivo del diritto.

La controversia era insorta tra due coniugi dipendenti di una nota Spa di trasporti, la quale eccepiva che il congedo parentale fruito dai predetti genitori per l'accudimento di due figli minori con la suddetta modalità frazionata non era da ritenersi idonea alla esclusione dei giorni festivi dal periodo complessivo di congedo. La società era rimasta soccombente nei precedenti due gradi di giudizio, pur se con alterne motivazioni. Nel ricorrere per Cassazione, la Spa denunciava la violazione dell'articolo 32 del decreto legislativo numero 151 del 2001, nonché degli articoli 1175 e 1375 c. c. e di ogni altra norma in materia di congedi parentali, anche frazionati, nonché di correttezza e buona fede nell'adempimento del contratto, oltre che di esercizio abusivo del diritto. La società non contestava la generale regola juris, avendo piuttosto sostenuto che il modo in cui concretamente la dipendente aveva esercitato il suo diritto al congedo costituiva violazione dei principi di rango costituzionale (dall'esercizio dell'attività imprenditoriale alle regole solidaristiche), che invece dovevano ispirare l'azione di ciascuno, e non da ultimo anche del lavoratore nel contesto del rapporto di subordinazione. D'altra parte, che la dipendente avesse adottato un frazionamento abusivo del congedo in parola era confermato dalla regolarità con la quale aveva ripetuto il suo comportamento: assentandosi di volta in volta per più giorni successivi a quelli festivi, per poi presentarsi al lavoro un solo giorno ed evitare che giorni festivi fossero computabili come congedo. In tal modo la predetta aveva reso, per oltre un mese, una prestazione sostanzialmente inutilizzabile per la società datrice di lavoro, donde la violazione

del principio di solidarietà, trattandosi di comportamento posto in essere consapevolmente e scientemente allo scopo di incrementare il proprio vantaggio, rendendo quindi alla parte datoriale una prestazione che a causa della sua discontinuità risultava sostanzialmente inutilizzabile.

In sede di merito – ha esordito la suprema Corte – è stato, comunque, accertato che *il diritto al congedo parentale con modalità frazionata venne esercitato dai suddetti coniugi per le finalità proprie e cioè per la cura e l'assistenza dei figli nei primi anni di vita*. E la Corte d'Appello, nel disattendere la prospettazione difensiva della società appellante, ha osservato che *il primo giudicante, adottando un corretto metodo logico-valutativo, aveva ricavato principi di ordine generale dai casi concreti posti all'attenzione della giurisprudenza di legittimità, dai quali emergeva l'integrazione dell'abuso del diritto allorché il titolare del diritto, potestativo, lo eserciti per finalità diverse o sviate rispetto a quelle per le quali la posizione soggettiva di vantaggio è prevista\**. D'altro canto, la scelta di campo tra gli interessi in gioco era stata fatta dal legislatore, che aveva ritenuto di attribuire al lavoratore un diritto di carattere potestativo, facendo così prevalere l'interesse del lavoratore ad assentarsi per l'assistenza e la cura dei figli. Di conseguenza, risultava evidente che *l'esercizio del congedo parentale, pacificamente fruibile in qualsiasi momento, anche in forma frazionata e subordinato unicamente al breve preavviso di cui all'art. 33, comma 2, comportava necessariamente un'incidenza negativa sull'organizzazione aziendale, però fisiologicamente connessa alla costruzione dell'istituto da parte del legislatore*.

Pertanto, era stato correttamente applicato nella specie il principio di diritto affermato da Cass. lav. n. 6856 del 2/2 - 7/5/2012, secondo cui in tema di congedo parentale frazionato, l'art. 32, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001 stabilisce che la fruizione del beneficio – che risponde ad un diritto potestativo\*\* del lavoratore o della lavoratrice – si interrompe allorché l'interessato rientri al lavoro, e ricomincia a decorrere dal momento in cui il medesimo riprende il periodo di astensione. Ne consegue che, ai fini della determinazione del periodo di congedo parentale, si tiene conto dei giorni festivi solo nel caso in cui gli stessi rientrino interamente e senza soluzione di continuità nel periodo di fruizione e non anche nel caso in cui l'interessato rientri al lavoro nel giorno precedente a quello festivo e riprenda a godere del periodo di astensione da quello immediatamente successivo, senza che rilevi che, per effetto della libera decisione del lavoratore o della lavoratrice, possa esservi un trattamento differente (e peggiorativo), con fruizione effettiva di un minor numero di giorni di congedo parentale, per effetto della decisione di rientrare al lavoro in un giorno non seguito da una festività, dovendosi ritenere tale soluzione conforme ai principi di cui agli artt. 30 e 31 Cost., che, nel dettare norme a tutela della famiglia e nel fissare il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare la prole, impongono una applicazione non restrittiva dell'istituto. Quindi, non erano state completamente disattese le ragioni della società appellante, ritenendo che quando i sabati e le domeniche o i giorni festivi si collocassero tra un periodo di congedo parentale ed uno successivo di ripresa dell'attività lavorativa, ovvero tra un periodo e l'altro di congedo parentale, vi fosse presunzione di continuità di quest'ultimo, di modo che anche detti giorni festivi

o non lavorati dovessero rientrare nel computo delle giornate fruita a titolo di congedo parentale. Viceversa, correttamente si era ritenuto che non potessero computarsi a titolo di congedo parentale i giorni festivi e/o non lavorativi quando gli stessi fossero preceduti da un periodo di congedo parentale e anche da un solo giorno di ripresa dell'attività lavorativa, non valendo in tal caso la presunzione di continuità, con conseguente riaffermazione del principio secondo cui il diritto potestativo di astenersi da una prestazione lavorativa che sarebbe altrimenti dovuta non può riferirsi a giornate in cui tale prestazione non è comunque dovuta. In altri termini, la ripresa effettiva dell'attività lavorativa, anche di una sola giornata, "spezza" la continuità del congedo parentale, con la conseguente esclusione dell'attribuzione di tale titolo alle successive giornate. Peraltro, la Corte d'Appello osservava che l'anzidetta interpretazione, supportata dalla citata giurisprudenza di legittimità, offriva anche una soluzione rispondente a criteri di logica e di certezza, in quanto, mentre seguendo la tesi propugnata dalla società appellante, non si comprendeva quale potesse essere la situazione idonea a "spezzare" la continuità del congedo parentale, mentre ove per ipotesi non sufficiente la ripresa dell'attività lavorativa per una sola giornata, era evidente che stabilire un diverso parametro significava affidarsi a valutazioni di assoluto arbitrio. Peraltro, nella specie il congedo parentale risultava fruito dalla dipendente per periodi complessivi -riferiti ai due figli- di molto inferiori ai limiti massimi previsti dalla normativa; il surriferito percorso argomentativo, è apparso quindi del tutto corretto, siccome non solo conforme al principio affermato da Cass. n. 6856/12 . ma anche alla restante giurisprudenza di legittimità in materia : Cass. lav. n. 16207 del 16/06/2008 con riferimento al congedo parentale ex art. 32, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 151 del 2001 quale diritto potestativo diretto al soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e del suo inserimento nella famiglia, suscettibile di abuso per sviamento dalla funzione dello stesso diritto ma per utilizzazione del congedo in relazione a finalità diverse, nella specie ivi esaminata riguardo ad attività lavorativa in esercizio commerciale di proprietà del coniuge, donde pure la configurabilità di licenziamento per giusta causa, non rilevando che lo svolgimento di tale attività contribuisca ad una • migliore organizzazione della famiglia.

Ancor più di recente Cass. lav. n. 19580 del 19/07/2019, secondo cui in tema di congedo straordinario ex art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, ove venga a mancare del tutto il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile, si è in presenza di un uso improprio o di un abuso del diritto ovvero di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro che dell'ente assicurativo.

Per i suesposti motivi, il ricorso è stato definitivamente respinto.

*\*Cass. nn. 16207 del 2008 e n. 4984 del 2014*

*\*\*Anche Cass. n. 509 del 14/09/2017 - 11/01/2018 confermava la natura di diritto potestativo del congedo parentale, all'uopo richiamando espressamente pure quanto ribadito dalla stessa suprema Corte con le pronunce n. 17984 del 2010 e n. 6586 del 2012, osservando altresì: <<... con riferimento all'analogo caso esaminato da Cass. n. 16207 del 2008, rileva la condotta contraria alla buona fede, o comunque lesiva della buona fede altrui, nei confronti del datore di lavoro, che in presenza di un abuso del diritto di congedo si vede privato ingiustamente della prestazione lavorativa del dipendente e sopporta comunque una lesione (la cui gravità va valutata in concreto) dell'affidamento da lui riposto nel medesimo, mentre rileva l'indebita*

percezione dell'indennità e lo sviamento dell'intervento assistenziale nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico. In base al descritto criterio della funzione può verificarsi un abuso del diritto potestativo di congedo parentale, allorché il diritto venga esercitato non per la cura diretta del bambino, bensì per attendere ad altra attività di lavoro, ancorché incidente positivamente sulla organizzazione economica e ' sociale della famiglia; ma analogo ragionamento può essere sviluppato anche nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio in cui il genitore trascuri la cura del figlio per dedicarsi a qualunque altra attività che non sia in diretta relazione con detta cura, perché ciò che conta non è tanto quel che il genitore fa nel tempo da dedicare al figlio quanto piuttosto quello che invece non fa nel tempo che avrebbe dovuto dedicare al minore. Anche per tale congedo, infatti, si configura una ratio del tutto analoga a quella delineata dalla Corte costituzionale nelle pronunce che hanno storicamente influenzato le scelte del legislatore nella emanazione della legge delega del 2000 e del successivo testo unico del 2001: in particolare, con le sentenze n. 104 del 2003, n. 371 del 2003 e n. 385 del 2005 ... Tanto conduce la Corte nel precedente più volte citato ad affermare il seguente principio di diritto: "Il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, att. 32, comma 1, lett. b), nel prevedere - in attuazione della legge-delega 8 marzo 2000, n. 53 - che il lavoratore possa astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del figlio, percependo dall'ente previdenziale un'indennità commisurata ad una parte della retribuzione, configura un diritto potestativo che il padre-lavoratore può esercitare nei confronti del datore di lavoro, nonché dell'ente tenuto all'erogazione dell'indennità, onde garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia; pertanto, ove si accerti che il periodo di congedo viene invece utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione propria del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo svolgimento di tale attività (nella specie, presso una pizzeria di proprietà della moglie) contribuisca ad una migliore organizzazione della famiglia".

2.3. Analoghi percorsi argomentativi sono stati tracciati da questa Corte nel contiguo -anche se non sovrapponibile- campo della possibilità che costituisca giusta causa di licenziamento l'utilizzo da parte del lavoratore che fruisca di permessi ex lege n. 104 del 1992 per attività diverse dall'assistenza al familiare disabile, violando la finalità per la quale il beneficio è concesso (Cass. n. 4984 del 2014; Cass. n. 8784 del 2015; Cass. n. 5574 del 2016; Cass. n. 9749 del 2016). In coerenza con la ratio del beneficio, l'assenza dal lavoro per la fruizione del permesso deve porsi in relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile. Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata: il beneficio comporta un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e dalla coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela. Ove il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile manchi del tutto non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso...>>.